ADDICION

AL DISCURSO BREVE, QUE CON fecha de 14. de Abril ſe ha entregado à los Señores por el Dr. Pedro Juan, Franciſco, y Eſperanza Comes, hermanos; que ſirve de ſatisfaccion à lo que ſe les ha referido, fundan en ſu impreſſo memorial Da. Tereſa Meſeguer, y Thomàs Comes.

1 NO quiſieramos gaſtar tiempo à V.Sas. infructuoſamente; pero teniendo noticia de quan apartados de la verdad caminan los contendores en ſu impreſſo memorial, juzgamos preciſo hablar mas ſobre el pleyto.

2 Suponemos, que nueſtra demanda comprehende la nulidad del llamado poſterior teſtamento, que no pudo ſer capaz de revocar el de 23. de Abril 1709. en que inſtituyendo por heredero à ſu hermano Miguel, Franciſco Comes de Pedro Juã, y para deſpues de ſus dias nos llamava à ſu herencia; y que quando tuvieſſe alguna ſubſiſtencia el de 12. de Enero 1711. ſe devia entender la inſtitucion de Don Franciſco confidencial, ò fideicomiſſaria, por la voluntad, que ſiempre moſtrò el teſtador de querer le fueſſemos ſus herederos, y con eſte motivo averſe negado, y reſiſtido fortiſsimamente à las inſtigaciones, ſugeſtiones, y perſuaſiones, que con dolo de propoſito, y con el fin de quitarnos la herencia, nervioſa, y acerrimamente practicò Don Franciſco, haſta que con la promeſa de cuidar de los bienes, y hazienda, de educarnos, y alimentarnos, y aſsiſtirnos, y deſpues reſtituirnos todos los bienes, y herencia, le venciò à que le inſtituyera, como de canſado le dexò heredero, baxo el ſeguro de dicha promeſa, ſegun queda probado en el pleyto, y fundado en la 1. y 2. parte de nueſtro diſcurſo.

3 Conque ſe ſatisface, que noſotros no pretendemos fundar, ò inducir un fideicomiſſo, ò ſubſtitucion de puro hecho, que

le deveriamos justificar plenamente *per necesse*, sin bastar conjeturas, que lo persuadiessen, segun las doctrinas de la *l.2. ff. de probat. l.2. & 8. C. eod.* Peregrin. *de fideicom. art.1. n.26. & art.11. per tot. & præcip. n.33. cum seqq. & 38.* Castill. *lib. 4. quotidianar. cap.19. plenè per tot.* Fusar. *de substitut. quæst. 611.* que baxo el n.2. de la cita marginal se nos refiere acotan la viuda, y Thomàs Comes.

4 Pues siendo lo fundado, y probado por nosotros una declaracion de la pura voluntad del testador, y no una induccion de nueva disposicion, no vienen al caso los textos, que solo fundan la regla de que *probatio incumbit illi, qui agit*, y las doctrinas de Peregrino, Castillo, y Fusario, que son buenas para quando se pretende inducir nueva voluntad, ò disposicion, segun en su letura se advierte.

5 Mayormente, quando sobre la prueva de testigos, tenemos la escritura del testamento de Abril, que no se pudo entender revocado por el de 12. de Enero 1711. en que no se lee nos dexasse cosa, no aviendo mediado causa para revocarle, antes sabiendo que no le queria revocar, y que con animo deliberado se resistia à ello, como admirablemente lo funda Canserio *de testam. cap.4. tom.1. n.81. & 82.* y haze el consejo de Corneo citado por el Señor Leon *tom.3. decis.40. n.58. 59. & 60.* que son dignos de verse.

6 Es verdad, que en la pregunta 5. articulamos las sujestiones, con que persuadido el testador, instituyò por heredero à Don Francisco, baxo la promesa, y palabra de restituirnos la herencia. Y es tambien cierto, que en la pregunta 7. demonstramos el hecho de aver llamado al Escrivano Aguirre, para que escriviera, ò recibiera el testamento, y nos instituyera herederos, para en el caso de que le premuriera nuestro padre Miguel; y que aviendo entrado Don Francisco, y visto la minuta, la rasgò, y que despues practicò los hechos articulados en la 5.

7 Pero no es fundado, que no deveria atenderse este hecho por las doctrinas de Paz *in praxi, part.1. tom.1. temp.8. n.71.* Villadiego *in polit. cap.1. à n.17.* que cita baxo el n. 3. pues estas no dizen, que por no averse prevenido en la demanda el hecho de dicha pregunta, no se podria articular.

8 Tambien se nos refiere, que baxo el n. 4. cita à la *l.6. &*

24.

24. *ff. de test. l.3. C. eod. & cap. in literis* 14. *extra eod. terminantur*, & plenè in simili causa Leo *tom.3. decis.40. sub n.73. vers.3. cum nn seqq.* Fontanel. *decis.* 580. *n.4.* Cancer. *variar. part. 1. cap. 4. de testam. n.94.* para persuadir, que Victoriana Ximenes no avria podido testificar, ni seria valida su deposicion, porque como criada de Miguel Comes seria testigo inhabil.

9 Y como la parte no ha reparado, en que al tiempo de hazer su deposicion Victoriana, no tiene la nota de paniahuada, ni de criada, ni otra, que la debilite la fee, como las tres criadas, de que se valiò Da. Violante en la especie que refiere el Sr. Leon, y es como deve entenderse la doctrina de Cancerio, segú mejor lo explica Fontanela, y es proposicion recibida entre los Autores, de que la inhabilidad del testigo se deve buscar al tiempo de deponer; Farinac. *de test. lib.2. tit.6. quæst.55. n.32.* con muchos: *Limite secundo dictam regulam procedere in eo qui est domesticus tempore testimonii, secus si ante fuit, & eo tempore desierit esse domesticus, quia tunc non prohibetur testificari pro eo, in cujus domo ante steterat*: no es reparable, ni fundamental lo que se dize, mayormente quando no pudiendose averiguar la verdad de otra suerte, no solo no es inhabil, si que prefiere su dicho à los no domesticos, segun Farinacio *ubi proximè, n.50. & 54.* y mas aviendo estado sirviendo en la casa de Don Francisco, despues que dexò de servir à Francisco de Pedro Juan, y Miguel, pues la igual afeccion, que para con todos se presumiria, la haria mas atendible, y habil, Farinac. *ubi proxime, n.92.*

10 Tambien se nos propone, que refiriendo Victoriana Ximenes todo el hecho de la 5. pregunta, que Francisco Oliver no lo referiria, y que los demàs testigos solo afirmarian el hecho de *auditu*, que no probarian por los textos, y Autores de su cita marginal puesta al n.5. *cap. Fraternitati extra de hære. can. nullus, cau.34. quæst.4.* Faber. *in C. lib. 4. tit. de test.12. definit.41. n.1.* Castill. *lib.4. cap.22. snb n.109.* Rota coram Merlin. *decis.32. n.4.*

11 Y à la verdad, los textos, y Autores que cita, nada concluyen para su propuesta, pues la de Castillo es contraria, respecto de que en concurso de los testigos presenciales, que afirmaron la libertad del testador, que les tiene por testigos instrumentales, excluye à los otros, que afirmaron la violencia de oida vaga; y aqui no es oida vaga, si voz, y fama publica, comprobada de la

oida

oida à los teſtigos inſtrumentales , y con eſpecialidad à Miguel de Aguirre, ſegun ſe probò en la ſegunda parte, baxo el n. 43. y las doctrinas pueſtas en los nn. en dicho §. citadas, y baxo el n. 25. de la cita marginal.

12 Fabro dize, que los teſtigos de *auditu* ſe admiten para la prueva de la inmemorial, y de eſto no tratamos; y como las demàs doctrinas no deſtruyen la verdad de que los teſtigos de *auditu*, ſiendo muchos, y concurriendo tantos adminiculos, hazen plena prueva, ſegun las doctrinas que refiere Farinacio *de teſt. lib.1. quæſt.47. à 77. & ſeqq.* y mas en el delito de la defraudada herencia, y en todos los demàs caſos, en que ſe admiten preſumpciones, y conjeturas para la prueva , idem Farinac. *quæſt.69. n. 44. & ſeqq. ad 68. lib.3. tit.7.* ſe ha de dezir , que por las dichas doctrinas contrarias del dicho n.5. no ſe debilita la fee de nueſtros teſtigos, como ſe fundò en el §. 42. de nueſtra ſegunda parte, con las doctrinas de la cita marginal, ſeñalada con el n.44.

13 No menos ſe nos refiere , que en el §.15. del impreſſo contrario, ſe aſsienta la propoſicion , de que los teſtigos no baſtaria que convinieſſen en la ſubſtancia del negocio, ſi que ſe neceſsitaria de que refirieran las miſmiſsimas palabras,que el teſtador dixo, y que ſe hallaron preſentes en el lugar, dia,y hora, las circunſtancias que paſſaron, y haſta las luzes que avia , ſi el caſo paſsò de noche, como lo fundarian baxo el n.6. en la *l. 32. C. de fideicom.* Faber. *in cap. lib.6. tit.20. de fideicom. deciſ.15.* Fontanel. *deciſ.580. ſub n.5. & 7.* Leo *d.deciſ.40. paſsim*, Eſcaño *de teſtam. cap.16. ex n.28.* cum Anton. Gomez *ad l.3. Tauri, n.49. & 50. & aliis*, Cancer. *variar. part.1. cap.4. n.36. cum ſeqq.*

14 Y con advertir, que la ley 32. de fideicom. y las demàs hablan en el caſo de que ſe pretende probar el teſtamento nuncupativo , que ſe dize hecho , como lo compruevan las miſmas doctrinas de Fabro, Fontanela, Leon , Eſcaño, Antonio Gomez, y Cancerio en los lugares citados ; y oy no tratamos de apurar diſpoſicion nuncupativa alguna , no ſe neceſsita de mas ſatisfaccion à dicho aparato , como ni tampoco lo que con los miſmos Autores relacionados baxo el n.7. de la cita marginal, ſe arguye al §.17. ſobre la variedad de la depoſicion de Victoriana , y Oliver, porque no queriendoſe probar el teſtamento nuncupativo, ni la formalidad de las palabras, ſi ſolo la ſubſtancia del hecho,

no

no dizen los Autores, que la parte cita, lo que refiere, pues con otros muchos resuelven lo contrario, como podrà verse por todos en Escaño *cap.16.num.30. & seqq.*

15 Lo que se dize, de que Oliver sería mendàz en afirmar, que se hallò presente al hecho contenído en la 5. pregunta, no tiene fundamento, por la deposicion de Juan Mestre, pues queda satisfecha la contrariedad, con lo que tenemos alegado al num.61. de nuestro discurso, à que se añade, que Paris en su declaracion revelatoria, puesta en los autos à foj.55. dixo, que esperando en el recibidor de la casa inmediata à la quadra del enfermo, oyò algunas palabras de la conversacion que tenia D. Francisco con el enfermo, y asimismo con Domingo Creus, el Doctor Traber, Francisco Alcocer, todos difuntos, y el Padre Borgoñò de la Compañia de Jesus, que se hallavan en dicha quadra, y que quando le llamaron, y entró para recibir el que se dize segundo testamento, estavan en la misma quadra todas las dichas personas, y otras, que no se acuerda; y que en presencia de todos recibiò su testamento; conque diziendo Mestre à la foj. 87. que estando en el recibidor, asimismo viò como Don Francisco llamò à Paris, para que entrasse en la quadra, y que à la sazon tambien se hallavan presentes en la misma pieza donde estava el testigo, Francisco Oliver, Doctor Traver, el Padre Borgoñò, y otros, se ha de dezir, que no ay implicancia en lo que dize Oliver, de que se hallò en la quadra quando la contienda, que en substancia contestan todos, y quando se recibiò el posterior testamento, pues no la ay en que saliesse Oliver, assi como salieron Borgoñò, Traver, Creus, Alcocer, que dize Paris estavan dentro, antes que le llamàran, y despues quando entrò à recibir el llamado posterior testamento.

16 La tacha que se supone à Oliver de primo hermano nuestro, està satisfecha en el num.60. y doctrina marginal del num.76. y estando corroborado su dicho con la deposicion de los demàs, se haze mas fuerte su deposicion, como tambien la de Victoriana Ximenez, pues por muger no es inhabil, como se probò baxo las citas marginales de los nn. 41. 42. y 43. y los Autores que la parte cita en los nn. 13. y 14. y especialmente Fontanela en las decisiones antecedentes à la 580. y mas no tratando de inducir nueva voluntad, si de declarar la

inducida; que se prueva con dos testigos, aunque sean mugeres, Escaño *de testament.cap.22. num.2.3.y* 4. y por lo demàs que refiere el mismo Autor desde el *num.*14. hasta el 18.

17 Sin que se le pueda arguir à Oliver, el que no huviesse dicho, que asistiò al enfermo en su deposicion, como lo asseguró en la revelatoria, porque en una,y otra parte dixo lo mismo, como puede verse à la foj. 92. en las lineas 5. 6. y 7. Ni tampoco el que avria convenido con nosotros el que le dariamos parte,porque el testigo Calvo sobre la 3.pregunta del interrogatorio de tachas, solo dize, que es verdadera, y en ella, y en su deposicion no se encuentra palabra alguna de semejante promessa, sobre la singularidad, y el parentesco que tiene con Thomàs, que le excluye, como està fundado baxo el num.80. de la cita marginal de nuestro discurso.

18 Todo lo que se refiere baxo los num. 21. y 22. quiere dezir nada, pues que las revelatorias aprovechen para descubrir, como entendiò probar con la doctrina de Fabro, puesta baxo el uum.17. de la cita marginal, que es para el fin, que se permitiria,sin hazer prueva, no fundandose absolutamente, con lo que revelando declararon los testigos, si por lo que en juizio plenario depusieron, queda de ningun merito.

19 Por mas que diga, que los hechos de las 5.y 7.preguntas avria sido artificiosamente ideados, y que Victoriana lo depondria inducida, porque tendria entonces de 17. à 18. años, considerando el estado, edad, comprehension, y calidad, como deveria atenderse, y que siendo recienvenida del lugar de Domeño, donde se avria buelto lerda,y sin capacidad alguna,siendo criada de Miguel, y no de Francisco de Pedro Juan,no sería creible, que se pudiesse acordar de tantas circunstancias arregladas.

20 Pues si ella lo dize, y depone afirmativamente, y lo contestan los demàs testigos por voz, y fama publica, y en la edad de 17.à 18.años,que es la mas sana para la comprehension, experimentò lo mismo que atestigua,aunque hayan passado 21. años, y basten 10. para presumir el olvido, por què razon se le ha de pretender disminuir la fè con las ponderaciones, que no tienen realidad?

21 Claro està, que no se puede debilitar su dicho, pues de-

deponiendo de un hecho tan ruidoſo paſſado en ſu preſencia, quando tenia los 18.años, y con ſu propio amo, à quien ſervia, ſegun lo depone Fr.Ambroſio Alepùz, teſtigo contrario, ſobre la 5. pregunta de tachas foj. 186. y los demàs teſtigos ſobre la 1. y 3.preguntas foj.197. y Oliver ſobre la 5. del principal interrogatorio, ſe deve conſiderar mas, y mas ſubſiſtente ſu dicho; y mas no eſtando enferma, como menos bien ponderan los contendores.

22 Mayormente quando deſpues continuò muchos años en caſa de Don Franciſco, como lo declaran Joſeph Vicente ſobre la 6.pregunta del interrogatorio contrario, foj.181.B.y183. y el Doctor Alegria, ſobre la 1.de tachas, foj.206. pues en la frequente manutencion, y eſtada à viſta de Don Franciſco, ſe le pudo imprimir mejor el hecho de la pregunta 5. para retenerle, como le retuvo.

23 De manera, que de averles preſentado para prueva de la 5.pregunta, y no para la 7. no puede dar motivo para la amphibologia, que proponen los contendores en el §.23.pues ſi advirtieran, que deſpues de ſucedido el hecho de lo contenido en la pregunta 7. practicò Don Franciſco las ſugeſtiones importunas, que ſe relacionan en la 5. y no dexàran en el tintero el diſtinctivo, *y deſpues* ſe huvieran ahorrado del dicho repàro, por la comprehenſion, de que ſiendo dos hechos diſtintos, aunque de una meſma eſpecie, podian ſaber el uno, como teſtigos preſenciales, y no el otro; y no mediando incompatibilidad en eſto, tampoco la ay para notar, que ſe preſentaſſen, ſobre la una pregunta, y no la otra. A la manera que no la ay en la verdad, de que fueſſe llamado Aguirre, para que recibiera el teſtamento, aun ſiendo Eſcrivano mere Real, y no publico, pues no encontrando ciencia cierta en el teſtador de la inhabilidad, no es inveroſimil, ſobre que para arreglar la minuta, y explicar ſu ultima voluntad en ella, no ſe encuentra repugnancia, aunque ſi la ay, en que fueſſe renuncia de los arrendamientos, q̃ por lo que dixo Paris en ſu depoſicion, quieren cohartar, pues atendida la revelatoria del meſmo Paris, en ella ſe encuentra, que la contienda era en aſſumpto de teſtamento, y no ſobre renuncia de arrendamientos.

24 Toda via ſe nos aſſegura, que al num.24.buelven arguir

de

de encontrada nueſtra demanda, con lo articulado en las preguntas 5. y 7. por parecerles, que no caberia dixera el teſtador à D. Franciſco, que no queria otorgar otro teſtamento, que el que tenia hecho ante èl, quãdo ſe dize que llamò à Aguirre, para que le recibiera, pues aviendo explicado, que no ſurtiò efecto la idèa, de que recibieſſe otro teſtamento Aguirre, porque yà tenia prevenido, que fueſſemos ſus herederos, ſi premoria nueſtro padre, y proponiendole Don Franciſco poſteriormente, que le inſtituyera à èl heredero, no queriendo el teſtador, cabe muy bien, que le dixera, no queria otorgar otro teſtamento, ſin que por eſte dicho ſe excluya, el que huvieſſe llamado à Aguirre.

25 Ni ſirve el que ſe aya dicho en la demanda, que Paris omitiò en el teſtamento que recibiò, que D. Franciſco ſolo quedava heredero en el nombre, porque tenia obligacion de reſtituir la herencia à noſotros; y que ſobre ſer eſta qualidad la principal del aſſumpto, no la avriamos articulado, ni probado, pues diziendoſe que Paris no devia omitir todo lo que era voluntad del teſtador, como ſe ha probado, y lo comprueva la meſma eſcritura de teſtamento de 23. de Abril, no ſe neceſsita de mas articulacion para la prueva, que por sí publíca la eſcritura del puro, y perfecto teſtamento; y como èſte no quedò revocado por el que ſe dize recibiò Paris en 12. de Enero 1711. como ſe ha probado, de aqui nace, que no es implicatorio, el que ſe pida la ſucceſsion en fuerça de èl, dexandole à Don Franciſco los frutos del medio tiempo, por conſtarnos, que ſe acogiò al nombre de heredero, dexando el de Tutor, y Curador, para no eſtar tenido à reſtituir los frutos, y dar cuenta de ellos.

26 De forma, que aun ſubſiſtiendo el ſegundo teſtamento, no queda revocado el primero, en orden al fideicomiſſo, que defendemos, pues es texto expreſſo, que ſubſiſte; teniendoſe por codicilo el poſterior, y el heredero en el eſcrito, gravado à reſtituir à los primeros toda la herencia, ſiempre que el teſtador, haziendo el ſegundo, declara, quiere que valga el primero, *§.3. inſtitut. quib. mod. teſtam. infirmentur, leg. 19. §. 1. ff. ad Senat. Conſult. Trebelian. & communiter DD.*

27 Conque nò ſiendo incompatible el pedir la herencia, en virtud de un teſtamento no revocado por el poſterior, inſubſiſten-

tente, y nulo, que como à codicilo, ni pudo dar, ni quitar la herencia, si solo dexar gravado *per fideicommissum* al heredero Don Francisco à restituirnos *ab integro* la herencia, no subsistirà, ni puede subsistir el que repugnaria pedir la herencia con los frutos desde la muerte de Don Francisco, con la calidad de heredero confidencial, que le obligaria à restituir los antecedentes.

28 Menos inconsequente es, que à Paris se le formasse interrogatorio aparte, con las generales, que suponen baxo el n. 25. y 26. porque siendo esto libre en qualquiera, bastarà la poca confianza, que confiessan hemos tenido de dicho Paris, y que este no pudiesse declarar contra sì la siniestra inteligécia, con que procediò, para que V.Sas. pretermitan todo lo ponderado; pues ni el que sea testigo presentado por nosotros, ni el que diga, que la disputa era sobre cosas de arriendo, ni otra cosa, nos puede perjudicar, ni hazer prueva de dos testigos, ni estarse à su escritura, quano no puede valer lo escrito en ella, contra lo que defendemos, y resulta por la primera, à que en todo deve estarse, pues no intentando probar por testigos la disposicion de Francisco de Pedro Juan nuncupativa, ò sacramental, el Escrivano no es bueno para testigo, como lo defienden los mesmos Autores, que citan los adversos, y señaladamente asienta Escaño *de testam. cap.*23.*n.*7. & 8. ubi plures.

29 Los que conocen à Paris, y han conocido à Don Francisco, podràn responder mejor que nosotros à lo que se asienta al n.29. y passando à satisfacer lo que nos asseguran proponen al n.30. de que la voz, y fama publica, seria esparcida por nosotros, està satisfecho en nuestro discurso impresso à los nn.65.y 66. sin tener que añadir otra cosa, que ser falso lo que suponen diria Francisco Esbri sobre la 7. pregunta, en quanto al hecho de rasgar la minuta Don Francisco, como tambien el ser testigo producido por nosotros; y el Dr. Lop sobre la pregunta 11. foj.109. porque despues de afirmar, que no se acuerda de que èl nos hablasse, ni nosotros à èl, y que si algo se le dixo, que no se acuerda, seria por alguno de nosotros, no dize otro, ni lo que suponen las contrarias.

30 Que la confesion de Don Francisco fuesse capaz para dexar probada la fundacion del fideicomisso, sin otro adminiculo, es conclusion corriente, que no impugnan los Autores que

ci-

citan al n.31. del margen, à quienes satisface la resolucion de Tonduto *cap.*77. *n.*31. citado baxo el n.47.de nuestro impresso; y no desmereciendo las deposiciones de Victoriana, y del criado Alos, por lo que tenemos dicho en nuestro impresso, no es de merito lo que se alega baxo el n.31.ni haze al intento la doctrina de Peregrino, respecto de hablar en otros terminos, como es el pretender inducir fideicomisso donde no le ay, y nosotros no pretendemos inducir nueva disposicion, si mantener, y aclarar la voluntad del testador, que siempre tuvo de que le fuessemos sus herederos, y lo publica la primera escritura, que se ha probado no quedò revocada.

31 Se nos dize igualmente, que al n.32. proponen, que pudiendo atribuirse à pura recomendacion el llevarnos à su casa Don Francisco, no deveria juzgarse fideicomisso, por lo que fundarian en las doctrinas de la *ley* 12. *C. de fideicom. libert. leg.*11. §. 2.*ff. de legat.*3. Peregrin. *de fideicom. art.*1. *n.*50.y como esto solo no se deduce, para que prueve por sí, si acompañado de los antecedentes de la voluntad solida, y firme, que siempre mostrò el testador à nuestro favor, y no se encuentra probado, que executasse con otros parientes mas llegados suyos, lo que hizo con nosotros, en cumplimiento de lo que ofreciò para lograr le instituyesse heredero en el nombre, ò le dexasse manejar la hazienda, sin la obligacion de dar cuenta: se sigue por precisa consequencia, que no es mucho respondieramos, que nada hazia teniendo nuestros bienes, quando con otros, de nuestro caudal, y sin ninguna obligacion hazia mas.

32 Y à lo que se repara baxo el n.33. de que no avriamos querido permitir, que Don Francisco mejorasse à nuestro favor la disposicion, no tenemos que dezir mas de lo que resulta de los autos, y declara Daria Mañes sobre la pregunta 11. foj.111. que expressò el Dr. Lop quando passò al otro dia del testamento de Don Francisco à las 5. de la mañana, pues diziendo, que nosotros no queriamos permitir fuesse fatigado el tio Don Francisco, no estando en disposicion para testar, no cabe inferir, que seria increible, que lo dexàramos de querer, si fuera cierta nuestra pretension; antes bolviendo los ojos à la propuesta contraria, que asegurò seria esparcida por nosotros la voz, y fama publica, acreditarà quan agenos estavamos entonces de pensar se nos faltas-

tasse por Doña Teresa, y Thomàs, ni à Don Francisco, que no pudo querer lo que despues han hecho, y se vendrà en conocimiento, que por lo verosimil, quien procede con error, y contradictoriè, son las otras partes, y no las nuestras, pues todas las abultadas ponderaciones, que con la relacion de lo que depone Daria Mañes, y Lop, foj. 109. y el no aver examinado sobre dicha pregunta 11. à Paris, se dize proponen baxo el n. 34. nada quieren dezir en la substancia del drecho, pues no son mas que aereas propuestas de fantasía intelectual, que no aprovecha.

33 Desvanecidas las ponderaciones, que nos han referido de la primera parte del contrario impresso, poco queda que dezir en orden à las que nos proponen continuan en la segunda, de que tratando de inducir una nueva disposicion, seria menester la prueva mesma, que para el testamento, sin bastar los dos testigos, ni lo demàs que està evidenciado; y como todo esto no passa de caprichosa idea, es inutil qualquier detencion.

34 Porque yà se ha dicho, que nosotros solo hemos procurado poner en claro la voluntad de Francisco de Pedro Juan ultima, y permanente, y que esta ha quedado comprobada por el testamento que recibiò el mesmo Don Francisco à los 23. de Abril 1709. y explican los testigos tuvo quando el de 12. de Enero 1711. y toda la vez, que las contrarias no nos dan razon, ni doctrina, que en estos terminos diga, que el primer testamento quedò revocado por el posterior nulo, y que la voluntad del testador fue otra de la que declaran Victoriana Ximenes, Francisco Oliver, y los demàs testigos, ha de quedar en terminos muy agenos de nuestra disputa, todo lo que se asienta en los nn. 1. hasta el 6.

35 Por manera, que el dezirnos, que baxo el n. 7. traerian, que la voluntad seria transitoria hasta el ultimo instante de la vida, y que solo deveria atenderse à lo que ordenò, y no à otra cosa, yà queda satisfecho en nuestro impresso, pues lo que quiso, y ordenò fue solo convenir de cansado, y molestado, en que tuviesse los bienes Don Francisco como à heredero escrito, para restituirlos *ab integro* despues de sus dias; y que por averlo propuesto assi Don Francisco al tiempo de sus instigaciones, y molestas persuasiones, lo expresò el testador, despues de averse resistido à otorgar nuevo testamento, y aver dicho, que no queria, ni tenia ne-

necesſidad, y que queria le fueſſemos ſus herederos, con todo lo demàs, que ſe ha probado ſuperabundantemente; y mediando el no dar doctrina los contrarios, que à viſta de eſta prueva deva ſubſiſtir lo eſcrito contra la voluntad del teſtador, en el que dizen recibiò Paris en 12. de Enero 1711. es irrefragable, que todo lo fundado en dicha ſegunda parte es ageno de lo que ſe diſputa, y opueſto à la ſubſtancia de lo que ſe propone ajuſtado à los terminos mas conformes à la verdad de lo ſucedido, y realidad del caſo.

36 Y en concluſion, notando de falſo lo que dizen, que Don Franciſco aſsiſtiria de proprios à los enfermos, y que conſtaria de los autos, como refiriò al fin del §.8. y haziendo reflexion, que ninguna de las doctrinas, que proponen hablan en el caſo de preceder teſtamento ſubſiſtente, y valido, en el que yà conſta de la perfecta voluntad, ſi en terminos muy diſtantes; y que aunque no tenia hijos Franciſco de Pedro Juan en lo natural, y en la ſubſtancia, lo eramos ſuyos noſotros, ſegun la eſtimacion, que ſiempre moſtrò tenernos, y eſtà probado en los autos, y aun de los que de noſotros ſe derivaſſen, pues les llamò à la ſuccesſion, y que la fama publica, que ſe acomoda à Don Franciſco, ſolo puede ſalvar los defectos leves, y no los graves, que en el aſſumpto cometiò, ſi es que eſtava en buena diſpoſicion para teſtar, y que en nada le infamamos, quando ſu ſobrino Thomàs no ſe dedignò de confeſſar la obligacion de ſu tio, en orden à reſtituirnos la herencia integramente; y que es ſuperflua la propoſicion, que ſe ſupone, de que Don Franciſco avria explicado al tiempo de ordenar ſu teſtamento, que los bienes que poſſeìa erã libres, quando no ſe dize, quien le eſtimulava à ſemejante expreſſion, para no acomodarle la regla de *excuſatio non petita*, podremos dezir, que en todo quanto refieren en los §§.9. y ſiguientes, proceden equivocados en el hecho, y drecho los contendores, y que con agena doctrina, para ageno caſo eſtablecida, fundan ſu alegato, pues la implicancia que nos quieren acomodar con la demanda que propuſimos, pidiendo à Da. Tereſa 916. lib. como à heredera de Franciſco de Pedro Juan, por medio de Don Franciſco, ni es obſtativa de la nulidad del teſtamento, ni poderoſa à debilitar nueſtra intencion, reſpecto de fundarſe los contendores en las doctrinas de Inocent. *in c. Cum venerabili, de excep.* Creſpi *ob-*

*obſerv.*23. *n.*58. Carleval *de judic. lib.*1. *tit.*2.*diſput.*3. *n.*3. Cancer. *variar. part.*1. *cap.*29. *n.*3. Pareja *de inſtrument. tit.*7. *reſol.*3. Carleval *plenè de judic. lib.*1.*tit.*3. *diſput.*14. *n.*6. *ex l. ubi acceptum* 31. *ff. de judicis autent. qui ſemel quomod. & quando Judex*, que citan baxo los nn.32. y 33. de la cita marginal, que el que produce un inſtrumento, ſe entenderia aprobar, y confeſſar todo el contenido diſpoſitivo, y enunciativo.

37 Porque aunque aſsi lo funda Pareja en la *reſolucion* 3. y los demàs Autores, que ſe citan en dicho num.32. es conſtante, que aviendoſe producido con la proteſta expreſſa de no entender aprobarle, no pudo entenderſe valida, ni confeſſada tacitamente la diſpoſicion, como ſon puntuales las doctrinas de Bartulo *in leg.Aurelius*, §.*Idem querit*, *num.* 12. *ff. de liberatione legata*, *leg.Publia*, §.*Titius Sempronius*, *ff.depoſiti*, Butrio *in cap.Cum olim*, *n.* 12. *de cenſib.* Alberic. *in leg.*1. §.*Editionis*, *verſ.Ex prædictis*, *ff. de edendo*, ex Innocentio,& aliis, Decio *in leg.final.n.*25.*Cod.de edendo*, Alexand. *conſ.*136.*n.*23.*lib.*2. Menoch. *de præſumpt.lib.*3.*præſumpt.*45.*n.*21.

38 Dando la razon Eſcaccia *de judiciis lib.*2.*cap.*11.*num.*25. *verſ.Ratio hujus opinionis*, *quia actus agentis non debet operari ultra ejus intentionẽ*, como no lo impugna el miſmo Pareja en la miſma *reſolucion* 3.*al num.*63.*y* 85. en los terminos de error, y falſedad, pues ſiendo una confeſsion tacita, la que ſe arguye de la ſiempre producion, ò preſentacion del inſtrumento, toda la vez que aparece del error,de nada puede ſervir.

39 Y en nueſtro caſo, aviendo encontrado poſteriormente copia baſtante de teſtigos, que nos certificàſſen de la nulidad del teſtamento,no ſolo en los terminos de aver pedido en ſu virtud la dicha cantidad, ſi aun en los terminos de que nos huviera dexado algun legado,y le huvieramos demandado,y cobrado de la viuda, como à heredera de Franciſco de Pedro Juan,teniamos la accion libre, para impugnar el ſupueſto teſtamento,deſcubierta la nulidad, como en terminos proprios del legatario, que pidiò los legados,y deſpues impugnò el teſtamento por nulo, fundado en la ciencia nueva que adquiriò poſteriormente,lo defienden Cyriaco en la *controv.* 549. *num.* 128. ibi: *Non obſtat quod iſtę ſorores petierunt legata eis relicta in hoc teſtamento, quod impugnant, ut opponebam num.*33. *quia non apparet ipſas tunc habuiſſe*

D *ſcien-*

ſcientiam de defectibus iſtius teſtamenti, qui poſtea patuerunt ex informationibus habitis à teſtibus, dando la razon con Gracian. Menochio, y Angelo, que el que ignora no aprueva el teſtamento nulo, aunque pida algo en virtud de èl, como lo comprueva la razon clara, de no baſtar la certidumbre del teſtamento hecho, ſi ſe ignora ſu nulidad, porque la cognicion no pende de la ciencia de las palabras, ſi de la inteligencia de la virtud, y poteſtad, *leg.Scire leges, ff.de legibus*, por lo que dixo el Philoſopho: *Quod tunc arbitramur agnoſcere unum quodque cum cauſas cognoſcimus*; y no probandoſe la ciencia de la nulidad en noſotros, quando preſentamos la dicha demanda, y q̃ la ciencia fueſſe cierta, y perfecta la noticia, como con Corneo, Aymon, Maſcardo, y otros, defiende Gracian *in dict.cap.429.num.27.& 28.& ſeqq.*concluyendo en el 31. con la deciſsion de la Rota coram Reverendo Patre Domino Sacrato, de ſer neceſſaria la ciencia de la nulidad, para la aprobacion del teſtamento nulo, no pudiendoſe fundar, que la tuvieſſemos perfecta *juris, & facti*, como ſe requiere, por lo que avian aſſegurado algunos teſtigos de la revelatoria, por ningun acontecimiento ſe nos puede imputar, el que queriamos implicatoriamente proceder, y que no nos podriamos apartar de la demanda de las 916. lib. antes por aver encontrado mayor prueva de la que entonces teniamos, ſe nos deve dar por licito, pues no eſtà en nueſtra poteſtad dar ſer, y alma de teſtamento à lo eſcrito, contra la voluntad de nueſtro tio, ni cabe en la capacidad humana, que pudieramos aprobar, lo que totalmente con viſta de los nuevos documentos reprobamos, y la ley tiene por nulo, como V. Sas. en el prudente arbitio, que el drecho les concede, ſegun refiere el Señor Creſpí en la *obſervacion 23.num.58.* podràn arbitrar, con la ley Real, que manda ſe juzgue en todo, atendida la verdad de lo que reſulta por el hecho del pleyto, ſin merito de las eſcrupuloſidades, que no ſon de atender.

Por lo que eſperan los hermanos Comes ſe declararà, como lo tienen ſuplicado, y explicado. Y lo ſiento, Salva, &c.

Doct. Paſqual Mas de Pelayo.